

Nomeação do aprovado em concurso público: análise da Súmula 15 do STF

Simone Cristine Araújo Lopes**

Introdução

O presente visa a problematizar um dos aspectos mais controversos no Direito Administrativo na atualidade que é o direito – ou não – à nomeação do aprovado em concurso público.

A questão tem como ponto nevrálgico de discussão a velha dicotomia originada em estudos de Direito Privado, a saber: expectativa de Direito e Direito adquirido.

Para tanto, far-se-á uma breve abordagem histórica acerca do provimento de cargos, em especial, na Administração Pública, sem descuidar do caráter científico e jurídico do tema.

O trabalho se justifica pela rediscussão do caráter e limites à discricionariedade administrativa, poder da administração que permeia o ato de nomeação em cargos, empregos e funções públicas de concursados aprovados em certame, decorrente de critérios de oportunidade e necessidade da Administração Pública.

A metodologia predominante é a pesquisa bibliográfica sobre o assunto, partindo da leitura contextualizada e contemporânea da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, que confere ao concursado mera expectativa de direito à nomeação, ressalvado os casos de preterição em desconformidade com a ordem classificatória.

2. Breve consideração sobre a jurisprudência no direito brasileiro

Optou-se por iniciar o presente trabalho pelo estudo da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal (STF) tendo em vista o seu caráter de orientação geral da aplicação do Direito pela magistratura brasileira,

de acordo com a interpretação do ordenamento jurídico pelos Tribunais por meio do enunciado sumular, verdadeiro “*precedente de uniformização da jurisprudência*” nos termos do art. 479, CPC.

Tais estudos são muito pouco privilegiados pelos estudiosos do Direito, talvez justificado pela tradição brasileira de sistema normativo *civil law* em contraposição a *common law*, na qual o estudo de casos e precedentes detém uma singular importância. Qualquer tratamento mais meticuloso dispensado à jurisprudência, portanto, deveria ser tomado apenas como *exemplo*, visto que, do contrário, reduzir-se-ia a potencialidade da dogmática jurídica.

Isso sem falar, claro, na discussão da doutrina jurídica que não confere à jurisprudência – e, por consequência, aos verbetes decorrentes da uniformização de julgados que se denomina *Súmula* – o caráter de fonte formal do Direito. Seriam, quando muito, interpretações das fontes formais como é a lei, o que não deixa de ser verdadeiro, visto que a decisão judicial decorre de Direito preexistente.

Hans Kelsen deu um especial realce à decisão judicial como potencial fonte de criação do Direito quando a denominou *norma individual* e detentora de eventual força obrigatória como *norma geral*.

A decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente (...).¹

Mas o fato é que as decisões dos Tribunais podem suprir lacunas no ordenamento jurídico, cada vez mais raras, dada a possibilidade da *aplicação sistemática das normas* e com especial destaque aos princípios gerais de Direito que detém força coercitiva e obrigatória tanto quanto as regras, como preconizado por José

* Advogada. Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário e Mestranda em Direito Público (Administrativo) pela PUC/MG.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 216.

Joaquim Gomes Canotilho e, entre nós, Carlos Ayres de Brito².

Não obstante esses tradicionais posicionamentos doutrinários a respeito da jurisprudência, há inovações tendentes a, por assim dizer, *blindar* a obrigatoriedade das reiteradas decisões judiciais pretorianas por todos os entes da Administração Pública e pelo Poder Judiciário, já que imbuídas de “*eficácia contra todos*” e “*efeito vinculante*” como nos casos de decisões definitivas de mérito e Súmulas Vinculantes (parágrafo 2º do art. 102 e *caput* do art. 103-A, da Constituição da República de 1988 – CR/1988 – ambos decorrentes da Emenda Constitucional 45/2004 denominada *Reforma do Judiciário*).

Portanto, é evidente que o estudo de casos julgados nas Cortes brasileiras ganha novo colorido jurídico a pleitear melhor cuidado em trabalhos monográficos como o que ora se pretende.

2.1. O Direito à nomeação do aprovado em concurso público segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Análise de precedente e referência legislativa

Feita essa observação, veja-se a redação da Súmula 15, STF: “*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito a nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação*”.

Diante dessa assertiva, a conclusão é que o candidato aprovado não tem direito subjetivo à nomeação senão no caso em que for preterido em favor de outro em pior classificação no concurso que a dele e, ainda assim, dentro do prazo de validade do concurso, que, conforme dispositivo no art. 37, III, CR/1988, é de 2 (dois) anos, prorrogável mais uma vez por igual período.

É de se perguntar dos porquês desse posicionamento pretoriano e o que o animou, esforço que se passa a realizar.

Em consulta ao *site* do Supremo Tribunal Federal sobre os dados da Súmula 15, vê-se que a data de sua

aprovação se deu em Sessão Plenária de 13/12/1963, portanto, em um ambiente de cultura forense ainda avesso a princípios, admitindo-os, quando muito, como orientação para aplicação da regra, mas sem força cogente como esta. Isso até mesmo em decorrência da economia de palavras na definição e aplicabilidade dos princípios na Carta Magna de então e o descuido em dar-lhes a devida supremacia por uma prática efetiva.

Exemplo disso é o fato de a Constituição de 18/9/1946, que vigorava na data da aprovação da referida Súmula, discorrer, em seus primeiros artigos, sobre as disposições a respeito da *Organização Federal*, os Poderes, para, apenas a partir do art. 129, discorrer sobre a *Declaração de Direitos*. A Constituição de 5/10/1988, atualmente em vigor, ao contrário, dispõe, em primeiro lugar, sobre *Princípios Fundamentais e Direitos e Garantias Fundamentais*.

As referências legislativas que motivaram a formulação da Súmula 15 são duas: art. 13 da Lei 1711/1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, já revogado) e art. 1512 do Código Civil de 1916 (que corresponde ao atual art. 854, Código Civil de 2002 sobre a promessa de recompensa). A primeira dispõe que “*a nomeação obedecerá a ordem de classificação dos candidatos habilitados em concurso*” e a segunda que “*aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação*”.

Quanto aos precedentes jurisdicionais que embasam a Súmula 15 tem-se 2 (dois) recursos de mandado de segurança sobre concurso para Advogado do Estado de São Paulo, realizado em 1954, do qual não se dispensará comentários além da menção de que o cerne da questão era o fato de o prazo de validade do concurso ter sido fixado em 1 (um) ano e que, decorridos 6 (seis) anos – portanto, com a validade do concurso já expirado - o Estado promoveu novo certame para o cargo, com abertura de novas vagas. Matéria por demais singela e pacífica nos Tribunais e conforme o art. 37, III e IV, CR/1988.

O precedente que melhor encara a questão que se pretende discutir, atinente ao direito adquirido e expectativa de direito, bem como o potencial desvio de poder e transgressão da confiança legítima e boa-fé objetiva reside nos *Embargos de Apelação Cível* 7387, egresso do Estado de Pernambuco, cuja relatoria

² Tema que pode ser consultado em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. E ainda: BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

coube ao Ministro Orosimbo Nonato da Silva na data de 9/8/1944, quando a capital do país era o Rio de Janeiro.

Os fatos e a questão jurídica que motivaram a ação que chegou à alçada do Supremo Tribunal Federal decorrem, justamente, do direito – ou não – à nomeação do candidato aprovado (ou “*habilitado*” para utilizar os termos da época) em concurso público.

O embargado, Enock Gomes de Almeida, prestou concurso interno nos Correios – o que explica o fato de a União Federal ser a *ex adversa* na ação – em 1933, obtendo a 13ª classificação, não vindo a ser nomeado por suposta “*prescrição do concurso*”, tese refutada pelo eminente Ministro Waldemar Cromwell do Rego Falcão, em voto divergente, onde mencionou uma série de decretos-leis, entre eles o 1572, de 6/9/1939, que dilatou o prazo de validade do certame até 31/12/1939, sendo que a ação foi ajuizada em 5/12/1939, e, portanto, antes de expirado referido prazo.

O embargado ajuizou a ação pleiteando a sua nomeação em cargo de “*escriturário classe D da Diretoria dos Correios e Telégrafos de Pernambuco*”, fundando-se no art. 1512, CC/ 1916, que trata da promessa de recompensa, obrigação que a Administração deveria cumprir com a realização da nomeação e posse.

Percebe-se, portanto, que a tese era de Direito Civil, integrante do Livro III do *codex* intitulado *Direito das Obrigações* e Título VI *Das Obrigações por Declaração Unilateral de Vontade*.

O Pleno cindiu-se em *duas correntes*: uma, liderada pelo Relator-Ministro Orosimbo Nonato e, outra pelo Ministro Waldemar Falcão. A votação final foi de seis votos a favor da União contra quatro, dispensando-se, portanto, o voto do Presidente-Ministro Eduardo Espinola.

A corrente vencedora, amparada pelo voto do Relator, firmou o entendimento de que não podia o “*concorrente alegar “direito adquirido” ao fito de reclamar a nomeação, pois que apenas lhe assiste, no caso, uma “spes iuri” (...), a não ser que aquele direito encontre nascente em texto de lei ou no caso de preterição ilegal*”³.

Interessante observar, em parte do relatório disponibilizado pelo Relator, que há menção a um “poder de escolha” da Administração entre os classificados, dando a entender que poderia ser até dispensada a observância da classificação, ponto no qual foi provocado pelo Ministro Laudo Ferreira de Camargo, que votou em favor da tese contrária, pró-concursado, quando afirma que havia maior número de vagas que de classificados, o que motivou, num primeiro momento, em ganho da ação pelo autor, mas do qual a União recorreu. Veja-se:

O direito do funcionário existiria se o Governo fosse obrigado a nomeá-lo. Evidentemente, porém, essa obrigação não existia, porque, *mesmo em se tratando de funcionário que prestou concurso o Governo podia escolher outro que, igualmente houvesse feito concurso e fizesse parte da lista organizada*. Se o [apelante fosse] o único classificado e não fosse aproveitado, havendo vaga, aí sim, teria direito a nomeação. *Uma vez, porém que havia outros classificados, o governo podia escolher outro, sem ferir direito algum do apelante*. O Sr. Ministro Laudo de Camargo: - O ponto principal da questão, a meu ver, é esse: - *at havia maior número de vagas do que de classificados no concurso*.⁴

O Ministro Orosimbo Nonato discorreu sobre o *interesse legítimo*, de técnica alemã, enfrentando, portanto, a questão sobre o prisma privatista imposto pelo embargado, concursado aprovado, para negar sua aplicação ao caso:

Se essa habilitação se extingue *ratione temporis*, não haverá ofensa de direito adquirido, senão o malogro de uma “*spes iuri*”, ou, se preferem, de simples direito reflexo da técnica alemã, ou interesse legítimo, na linguagem dos juristas italianos – em qualquer caso, situação que não se categoriza como *direito adquirido* ou como situação jurídica definitivamente constituída. (...). Mas, *data venia*, e sem quebra do apreço que as altas autoridades que apadream o asserto... não me parecem sólidos os fundamentos em que ele se procura manter, a menos que se ofereça abrigo a remanescentes da doutrina contratual de direito privado. Fora disso, o argumento se reduz, a meu ver, a um “*circulus in demonstrandum*”, a uma *petitio principii*.⁵

É que o ilustre ex-professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Minas Gerais, Livre-Docente

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ap. Civ. 7387, Embargos. Rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 9/8/1944. Grifos acrescidos.

⁴ Idem. Grifos acrescidos.

⁵ Idem.

e Professor Catedrático pontificava, com acerto, que *o regime que permeia toda a relação entre o Estado e o funcionário público é estatutária – “sua fonte é a lei”*⁶ – e não o contrato, sendo necessário alertar que, naquela época, ainda predominava o conceito de *pacta sunt servanda* ou plena autonomia da vontade entre as partes contratantes em negócio bilateral como se a mera contratação tivesse o poder de *fazer lei entre as partes*.

Por outro lado, há o *Poder Discrecionário* em nomear ou não, o que também é correto e conforme a doutrina administrativista atual, bastando a atenção a critérios de conveniência e oportunidade. Nesse tocante, o Ministro não afasta o *Desvio de Poder*, que oportunizaria “ao Judiciário... corrigir os atos excessivos ou abusivos desse poder, por força deles degenerado em arbítrio ou maculados do vício de incompetência”⁷.

A outra corrente foi liderada pelo Ministro Waldemar Falcão, já mencionado acima, que afastou a tese de “*prescrição do concurso*” e embasou o *direito do autor-embargado nos termos do art. 1512 e seguintes do Código Civil de 1916 – promessa de recompensa* - pelo que o Poder Público deveria ter “*cumprido a promessa que lhe fizera... através dos anúncios do concurso, referente à nomeação para o cargo citado no respectivo edital*”⁸.

Desse modo, vislumbra-se nesse precedente que embasou a edição e aprovação da Súmula 15 um *caráter claramente positivista e avesso a princípio*, muito embora recorra a dispositivos e conceitos principiológicos de Direito Privado (Código Civil) para afastar suposto direito adquirido do aprovado em concurso público à nomeação ao cargo ou emprego público concorrido. Quando muito, o concursado seria detentor de mera expectativa de direito.

2.2. Do dever-poder de promover concurso público pela administração. Breve histórico constitucional

O instituto do concurso público, previsto no inciso II do art. 37, CR/1988, visa a prover cargos e empregos públicos entre os mais aptos e melhores

que comparecem ao processo seletivo concursal. O interesse do concursado, portanto, é ser aprovado e considerado apto ao exercício no serviço público ou na empresa pública. Os princípios que norteiam todo o procedimento, em especial, são o da impessoalidade e moralidade administrativas, consagradas no *caput* do art. 37, CR/88.

Mas nem sempre foi assim.

O art. 73 da Constituição de 24/2/1891 dispunha que “*os cargos públicos civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas*”, dando a entender que seria possível a livre nomeação para cargos públicos sem concurso público, por desígnio de algum integrante dos Poderes de Estado: Executivo, Legislativo ou Judiciário. Bastava a lei *estatuir* dessa forma, pois não havia limite constitucional que o proibisse. Isso demonstra um resquício de fundo patrimonialista no trato com a *res publica*.

A Constituição de 16/7/1934, mais democrática, em seu art. 168, fez constar a indistinção de “*sexo ou estado civil*” e no parágrafo 2º do art. 170 dispunha que “*a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos*”, em verdadeira inovação, mantida no art. 156, *b* da Constituição de 10/11/1937⁹ e pelo art. 186 da Constituição de 18/9/1946¹⁰.

O parágrafo 1º do art. 95 da Constituição de 24/1/1967, de igual teor¹¹, sofreu a restrição imposta pelo Ato Institucional 5, de 13/12/1968 que, em seu art. 6º, conferia poderes ao Presidente da República de suspender “*as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo*”. Ora, não é

⁹ Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos funcionários públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: *Omissis...*

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos.

¹⁰ Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

¹¹ Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.
Parágrafo 1º. A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

difícil perceber que se a própria estabilidade do servidor público poderia ser suspensa por decreto presidencial, o que dirá de impedimento de nomeação de aprovado em concurso público “suspeito” ou “inimigo dos interesses nacionais”.

Tal situação foi corrigida pelo art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias de 5/10/1988, autorizando a reparação ou revisão de benefícios e promoções pelos que foram prejudicados por atos presidenciais de suspensão de ditas garantias.

Não obstante o dever constitucional de a Administração Pública promover concursos públicos para o provimento de cargos e empregos públicos, essa obrigatoriedade fica condicionada a certos limites, melhor analisados no tópico seguinte.

2.3. Limites ao Provimento de Cargos e Empregos Públicos. Responsabilidade Fiscal

A limitação constitucional aos gastos com folha de pagamento de servidores e empregados públicos está insculpida no art. 169, CR/1988 e pela Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Claro que a disposição constitucional refere-se a possível *redução das despesas com cargos em comissão e de confiança, exoneração de servidores não estáveis* e, em último caso, a *perda do cargo pelo servidor estável*. Mas isso não quer dizer que, a despeito dessa verdadeira retração de gastos, a Administração Pública poderá continuar a realizar concursos públicos por um motivo muito simples: eles *não teriam uma finalidade pública* a cumprir, qual seja, o provimento de cargos. A realização de qualquer certame em um ambiente de corte de gastos públicos só pode ser qualificada como desvio de finalidade. É, no mínimo, ilógico realizar todo um procedimento de concurso para, no final, a Administração não nomear os aprovados e, se nomeados, vierem a ser exonerados antes de atingida a estabilidade no serviço.

E, faltando o pressuposto de validade do ato administrativo denominado *finalidade* ou *pressuposto teleológico* é evidente a sua invalidação. Afinal, *finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à*

*tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.*¹²

Por outro lado, a Administração realiza concursos para, tão somente, formar os chamados *quadro-reserva*, cujos candidatos aprovados são convocados para tomar posse de acordo e na medida da *necessidade* do ente público. Até mesmo porque os entes e órgãos administrativos não admitem na forma expedita como um particular, dependendo de todo um procedimento, composto de várias etapas, como é o concurso público.

Portanto, em decorrência desses limites constitucionais, legais e fáticos da Administração Pública é que não se nomeia o candidato aprovado senão quando realmente se verifica a necessidade de preencher a vaga no serviço público, precedido do ato de posse.

De fato, o limite imposto pelas normas de Direito Financeiro – Responsabilidade Fiscal – é levada tão a sério que o Prof. José dos Santos Carvalho Filho¹³ menciona a Emenda Constitucional do Rio de Janeiro referente ao art. 77, VII da Constituição daquele Estado, que dava direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação, o que foi declarado inconstitucional pelo STF no RE 190.264/RJ pelo singelo motivo de que, no processo legislativo, o chefe do Poder Executivo estadual não participava nem integrava. E ele, como detentor privativo da competência para dispor sobre leis orçamentárias, plano plurianual e diretrizes orçamentárias, não poderia o Poder Legislativo interferir nesse campo que atinge os gastos com pessoal administrativo.

É que a *nomeação*, essa sim, gera – conforme entendimento doutrinário, legal e jurisprudencial – *direito subjetivo à posse*, enquanto que a simples *aprovação no concurso gera mera expectativa de direito à nomeação*.

O ato administrativo da posse pode, por sua vez, ser cancelada se *desfeita a nomeação* de funcionário *sem a devida aprovação no concurso público*, de amparo constitucional¹⁴.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377.

¹³ Vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 507.

¹⁴ Nesse sentido, vide Súmula 17, STF.

Diante dessa limitação constitucional e legal é que se extrai o *poder discricionário* da Administração Pública em nomear, como acentuado no voto do Ministro Orosimbo Nonato.

Não obstante, não se pode prescindir de uma releitura desse poder administrativo.

2.4. Do poder discricionário da Administração Pública à luz da Constituição de 1988

O Prof. Celso A. B. Mello, dotado de costumeira perspicácia, já pontificou que, em verdade, o que existe é um *dever discricionário* e não um poder, nomenclatura esta mais usual, utilizada pela doutrina e jurisprudência. É que o conceito de poder remete à idéia de imperatividade e livre escolha, como se imune a restrições fosse, enquanto que a idéia de dever corresponde a uma obrigação a cumprir ou de optar pela melhor solução.¹⁵

Mas o fato é que, no Direito em especial, o revisitar conceitos demanda tempo. E se hoje a Administração está obrigada a observar princípios como o da razoabilidade, não havia esse preceito nos regimes de Direito anteriores à Carta de 1988. Tanto que o precedente que embasou a Súmula 15 pretoriana, já tratada em tópico anterior, apontava um “poder de escolha” do “Governo” entre habilitados em concurso. O dever de obedecer a uma ordem de classificação veio a ser prevista no Estatuto dos Servidores Cíveis da União – Lei 1711 - no ano de 1952, art. 13. Verificasse a dificuldade de distinção da Administração – essa impessoal – do *Governo*.

A Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro, em opúsculo precioso, discorreu sobre as variantes paradigmáticas no trato do instituto do *poder discricionário*. No período do Estado Liberal de Direito, por exemplo, a discricionariedade administrativa estava imune a controle judicial em vista do princípio da separação de poderes, o que conferia ao administrador a livre escolha autorizada por lei.

Suprimiu-se a ideia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela idéia da lei

como resultante da vontade geral. Adotando-se o princípio da separação de poderes, tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis gerais, já que estes constituem expressão da vontade geral representada pelo Parlamento; ao Executivo compete apenas editar leis singulares previamente disciplinados em lei. (...)

Com efeito, como resquício do período anterior, das monarquias absolutistas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. (...)

A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial.¹⁶

Já sob o período do Estado Social de Direito, a discricionariedade passa a ser não apenas *autorizada por lei*, mas *limitada* por ela e na sua estrita dicção. Veja-se:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Kelsen e seus seguidores não podiam conceber uma Administração Pública desvinculada da lei; a própria discricionariedade tinha que ser explicado dentro do sistema jurídico, ou seja, como um poder emanado da norma legal.¹⁷

Já sob a égide da Constituição dita *cidadã* de 1988 e dentro do ambiente jurídico que se poderia dizer regido pelo princípio jurídico da Democracia, para um termo bem caro ao Prof. Juarez de Freitas¹⁸,

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 21-27.

¹⁷ *Idem*, p. 37.

¹⁸ Veja artigo do professor em: FERRAZ, Luciano de Araújo. MOTTA, Fabrício (coordenadores). *Direito Público Moderno – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁵ Vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

a discricionariedade não apenas deve cumprir a lei, atuando-se no seu limite, mas, sobretudo, buscando a realização de valores fundamentais adotados na Carta Magna.

Pode-se, pois, concluir que o direito administrativo atual, como esboçado na Constituição de 1988, tende a democratizar-se, o que só ocorrerá se a sociedade realmente se utilizar dos instrumentos que dispõe para participar e controlar as decisões governamentais.

Todos esses valores [bem-estar, justiça, desenvolvimento...] são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – não é limitado só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.¹⁹

Assim, constata-se que nunca se admitiu uma discricionariedade administrativa contra a lei, mas, sempre, segundo a lei. A questão é saber qual o espírito da lei, que, em nosso entender, só pode ser observado segundo o critério finalístico do procedimento ou do ato administrativo e sua harmonia com a norma. Qualquer procedimento administrativo – inclusive, o concurso público – detém um conteúdo finalístico e tal procedimento nada mais é que uma sucessão de atos administrativos encadeados a um fim, que é o de preencher cargos ou empregos públicos.

É certo que a Administração tem o múnus de escolher o momento conveniente (leia-se: necessidade de pessoal para o serviço) e oportuno (leia-se: provisão de fundos para os gastos correntes com pessoal) para nomear e dar posse. Mas se há, de algum modo, a realização de atos preparatórios que evidenciam essa conveniência e oportunidade, a Administração vincula-se a seu compromisso finalístico. Nesse sentido, veja-se:

O Estado tem competência discricionária quanto ao instante oportuno para preencher os cargos. Contudo, quando de algum modo revela já

ter efetuado sua escolha discricionária, exaure tal poder, concretizando-o. E, ao concretizá-lo, passa-se do campo do discricionário para o campo do vinculado.²⁰

Não só. O Prof. Celso, na mesma obra acima citada, discorre sobre a possibilidade do “*momento discricionariamente determinável pelo Estado, para preenchimento dos cargos públicos*” antes mesmo da realização do certame. Mencionou como exemplo, suscitado em julgamento no STF pelo Ministro Hermes Lima, do concurso para preencher vaga de Cátedra universitária.

Ora, pelas leis que regem a educação superior no país, uma universidade detém não só a função de ensino, mas, também, de extensão e pesquisa, necessitando, portanto, de um quadro permanente de docentes com titulação específica entre Especialista e Doutor.

A Cátedra, hoje, corresponde à vaga de *Professor Titular*. É evidente que, se há concurso para esse cargo, há a necessidade e o dever do Estado de garantir a sua existência e pleno exercício para os fins universitários, de modo que, o aprovado em primeiro lugar tem direito subjetivo à nomeação. Pensar o contrário é promover a prática do ato inválido porque fulminado pelo desvio de poder que nada mais é que a “*utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*.”²¹

É verdade que a Administração sempre será detentora da faculdade de revogar seus próprios atos, mas também não é menos correto que esse *poder* está tão limitado à finalidade ou o interesse público quanto o próprio ato discricionário.

Nesse sentido, para provocar ainda mais a necessidade de revisão desses conceitos sedimentados no ordenamento jurídico, atente-se para o fato de que, durante o processo de concurso, o *princípio da impessoalidade* é garantido pelo *sigilo de identidade* dos participantes do certame e pela *igualdade de condições* a todos, visto que as provas são elaboradas no mesmo

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46 e 52.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 76.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 56. Grifo acrescido.

nível de dificuldade, sendo disponibilizado o mesmo tempo para a sua realização. Acontece que, no *quadro de classificação homologado*, sabe-se quem são os potenciais servidores ou empregadores públicos porque o mesmo é *publicado* para ciência de todos, inclusive ao responsável pela eventual nomeação dos mesmos. Não haveria, aqui, uma oportunidade potencial e real de desprestígio do princípio da impessoalidade? Diga-se, a título de exemplo, que o responsável pela nomeação é inimigo capital do 2º colocado. Não seria discutível o fato de ele chamar apenas o 1º colocado, deixando esvaír-se na poeira do tempo o prazo de validade mínimo do concurso – 2 (dois) anos – como lhe *autoriza* o art. 37, III, CR/1988? Não será um ato atentatório aos princípios de democracia e justiça, conforme dito pela Prof. Maria Sylvia acima? Parece-nos que sim.

Ademais, cumpre ressaltar que o ato revogador possui eficácia *ex nunc*, respeitando os *efeitos já produzidos*, de modo que pode originar direito à indenização e preserva os *direitos adquiridos*, como prevê o art. 53 da Lei 9784/1999. Logo, em tese, não é possível que a revogação seja obstada por mera expectativa de Direito, ponto que será mais bem abordado a seguir.

2.5. Do *iter* entre a expectativa de direito e o direito adquirido: Graus de Expectação?

A doutrina civilista incumbiu-se de distinguir o Direito Adquirido da mera expectativa de Direito, de modo que o Direito Adquirido é entendida como aquele direito que seu titular, ou alguém que lhe faça as vezes, pode exercer ou exigir dado comportamento de outrem em vista de condição pré-estabelecida já atendida ou com termo pré-fixado estabelecido por contrato ou pela lei.

Vê-se que, tradicionalmente, o Direito Adquirido serviu para estabilizar as relações humanas, especialmente aquelas advindas de um contrato. Mas ele também socorre aqueles que pretendem resistir a qualquer pretensão estatal, por mais imbuída de poder potestativo e prolator de atos de império possa ser.

Todo o *caminho* jurídico anteriormente percorrido à aquisição do Direito, portanto, qualifica-se como de mera expectativa, que não gera qualquer plexo de tutela ao indivíduo.

Não é difícil imaginar a complexidade de todo um procedimento administrativo de concurso público, em suas várias fases, desde a verificação prévia, pela Administração, da necessidade atual e futura de novos servidores e empregados, a publicação do edital, as inscrições, a realização e correção das provas, os recursos, o quadro classificatório e sua homologação, todos preparatórios e antecessores do ato de nomeação do candidato aprovado.

Diante de tantos e sucessivos atos seria absurdo afirmar que, passo a passo, o candidato aproxima-se da *completude da situação jurídica* buscada por ele e desejada pela Administração a realizar seu direito subjetivo à nomeação? Não haveria uma gradação de tutela nesse *iter* entre o Direito Adquirido e a sua mera expectativa?

Para responder a essa pergunta, socorre-se da inspiração no direito alemão a respeito da patrimonialidade, que não se confunde com o conceito civilista de patrimônio ou de mensuração econômica. Deve-se, antes, flexibilizar a “*noção de patrimonialidade para vislumbrá-la fora de situações configuradoras de direito adquirido em gradação compatível*.”²²

A Prof.^a Maria Coeli, valendo-se de autores consagrados do Direito Civil, propõe uma releitura do conceito para o Direito Administrativo em vista do princípio democrático atual, apresentando uma gradação de tutela entre a mera expectativa e o Direito dito *adquirido*.

Nesse sentido, ensina Vilhena que a gradação da tutela jurídica dos interesses deve considerar sempre o conjunto de relações jurídicas integradas no patrimônio do titular e avalia-se a partir do “grau de expectativa” do interesse, vale dizer, “da intensidade do asseguramento de eficácia ou da mais ou menos extensa incorporação do bem jurídico no patrimônio do legitimado”, vislumbrando-se, por exemplo, o “direito expectado”, que, embora se encontre em vias de formação, não depende, para a sua efetivação, de elementos exteriores à vontade do titular.”

Sobre direito expectado deve-se colher a contribuição primeira de Pontes de Miranda, que pode ser sintetizada na seguinte passagem:

²² PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido e Ordem Pública – *Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 258. Grifo acrescido.

A técnica e a terminologia tiveram de distinguir a expectativa, que é simples atitude no mundo fático, e o direito expectativo, que é como o direito ao direito que vai vir. De jeito que a tutela do direito expectativo implica que se tutele, em consequência, o direito expectado, que é o direito a que tem direito o titular do direito expectativo.²³

Conclui-se que a mera expectativa de Direito não é tão isenta de tutela jurídica como se imaginava, havendo graus de expectação, passíveis de garantia legal, visto que integrantes do patrimônio do indivíduo. Até mesmo porque o conjunto sucessivo no tempo dos atos preparatórios desemboca no *Direito Adquirido* que seria o *polo derradeiro* da tutela, mas *não o único ponto* da cadeia tutelada em diferentes graus. Nesse sentido:

Falar, pois, em expectativa de direito, quando as legitimações jurídicas se acham encravadas em uma situação unitária de direitos e deveres, traz o risco de uma absorção ou subversão de preceitos que, com o perigo de rompimento da estrutura centralizada em determinado indivíduo – a que chama *Paul Roubier situation juridique* –, a fisionomizam como um todo.

Porque os supostos jurídicos se entrelaçam e o advento de um direito vem implicado na existência e atualidade de outro, a alusão à expectativa de direito, propriamente dita, não atende ao fluxo da carga jurídica protetora que a regra responsável pela criação de bens parcelados contém para o futuro.

Com inteira propriedade, e incisivo, demonstra *Pontes de Miranda* ocorrer, aí, direito a adquirir direito.²⁴

De modo que nos parece, em verdade, haver no Direito Adquirido a *obrigatoriedade* de todos em respeitar a situação jurídica proporcionada ao titular de referida tutela, enquanto que nos variados *graus de expectação* há a *legitimidade* por parte do sujeito detentor do *direito expectado* de reclamar o *asseguramento de sua esperança* de alguma forma frustrada ou constrangida ilegal ou abusivamente.

Dessa espécie de asseguramento de esperança legítima não está isenta a Administração Pública que

se obriga a pautar o seu comportamento pelo princípio da boa-fé, mesmo quando pratica atos discricionários.

A seu turno, os princípios da lealdade e da boa-fé são condições do convívio jurídico. Não se compreenderia que a própria ordenação normativa abonasse ou fosse complacente com a má-fé. Menos, ainda, se compreenderia que os administradores, exatamente quando a lei lhes outorgasse discricção, isto é, esfera de certa liberdade para melhor atender o ordenamento, pudessem expedir atos desleais ou que burlassem a boa fé, salvo abraçando-se a tese absurda de que a Administração não tem compromissos com os valores que a lei consagra.²⁵

Aliás, esse aspecto da boa-fé foi um dos pontos de discussão no julgado precedente da Súmula 15 pretoriana. Baseando-se em doutrina tradicional, negou-se o direito ao aprovado à nomeação, não obstante o princípio da boa-fé objetiva ou confiança legítima que igualmente tem sido aplicado, hodiernamente, ao Direito Administrativo, como se verá.

2.6. Princípio da confiança legítima. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*

Como visto, o Ministro Orosimbo Nonato confrontou, em seu voto vencedor no precedente da Súmula 15 do STF, a teoria do *interesse legítimo* ao *direito adquirido*, mencionando que o assunto, abordado tanto por italianos como alemães sobre a salvaguarda de situações em fase de completude, não poderia ter sua acolhida por não lhe parecerem “*sólidos os argumentos*” reduzindo os mesmos a “*circulus in demonstrandum*” e “*petitio principii*”. E, quando muito, poderiam ter amparo sob o *aspecto contratual*, inaplicável na relação concursado e Estado, visto que *decorrente de lei ou Estatuto*.

Acontece que a promessa de recompensa – da qual se utilizou a tese contrária para corroborar ao direito do concursado à nomeação – deriva de um ato unilateral de vontade e, portanto, não se trata de contrato na forma típica que lhe confere o ordenamento jurídico como composição de vontades de natureza bilateral.

²³ *Idem*, p. 258.

²⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário*. In: Revista de Informação Legislativa n. 29, Brasília, jan-mar/1971, v. 8, p. 14.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 98.

Desse modo, a proteção da confiança e da boa-fé transcende em direção à *teoria obrigacional, espécie* da qual o contrato é mero gênero e decorrência dela. E, sendo fonte autônoma de obrigações tem uma elasticidade muito maior que a restrita no campo de direito privado. Mesmo porque os atos administrativos, em regra, são unilaterais conforme autorização legal, derrogando as normas de direito comum pelas de Direito Público, sempre em vista de uma finalidade pública, ou, se preferir, interesse público.

Os atos unilaterais de vontade sofrem restrição pelo princípio do enriquecimento sem causa – quando o agente deixa de adimplir com a obrigação apropriando-se do patrimônio daquele que cumpriu as exigências feitas pelo prolator do ato – e pelos princípios da boa-fé, auto-responsabilidade e da confiança. Nesse sentido, vem a calhar a observação do Prof. César Fiúza a respeito da promessa de recompensa, um dos tipos de ato unilateral e fonte de obrigação, quando afirma que *“Somos responsáveis por tudo aquilo que declaramos. É norma fundamental de segurança jurídica. (...) A quebra injustificada e lesiva da palavra dada atenta contra o princípio da auto-responsabilidade. Por fim, o princípio da confiança será desrespeitado, uma vez que a conduta da (...) promitente quebrou a confiança que nela depositaram os candidatos.”*²⁶

Sob esse aspecto, não é difícil perceber que, tanto quanto o particular, a Administração deve se pautar pela boa-fé que a ordem jurídica estabeleceu. Tanto que, aplicando a *vedação ao comportamento contraditório* e a *proibição geral de incorrer na figura do venire contra factum proprium*, houve decisão judicial contra o Município de Limeira que pretendia anular contrato de promessa de compra e venda celebrado entre o ente público municipal e o cidadão de lotes que, posteriormente, verificou situar-se em área de restrição de loteamento, caso judicial mencionado por Penteadó.

Ora, diante dessa celebração de contrato de promessa de evidencia-se, por parte do administrado, a expectativa legítima embasada nos próprios princípios de presunção de legitimidade e regularidade dos atos administrativos. Se a Administração incorre em erro, não pode ela, frustrando tal expectativa, voltar por

“seus próprios passos” em vista de comportamento contraditório, obstado pela boa-fé de terceiros.

Trazendo o tema para a égide do Direito Administrativo, o Desembargador Federal João Batista Moreira, em decisão a respeito de direito de concursado aprovado à nomeação que teve sua expectativa frustrada pela realização de outro concurso, sem que a Administração tivesse prorrogado aquele no qual ele participou e obteve classificação no número de vagas disponíveis no limite máximo constitucional de 4 (quatro) anos, confrontando as mesmas teses de expectativa de direito e direito adquirido, concedeu a segurança em prol do aprovado no certame, invocando o princípio da confiança legítima. Veja-se:

Tenho insistentemente sustentado que a dicotomia civilista *expectativa de direito e direito adquirido* não é plenamente satisfatória no âmbito do direito administrativo-constitucional. Constata-se, na prática, posições intermediárias (direitos imperfeitos, interesses), entre uma e outra modalidade, que merecem ser consideradas. A classificação de direitos fracos ou enfraquecidos é própria da doutrina italiana, significando situações que só podem ser suprimidas estritamente no interesse público (SUNFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: *Estudos de Direito Administrativo* – em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 17). Tais posições, se não configuram direito adquirido, podem estar, no entanto, protegidas por outros princípios constitucionais, como os princípios da confiança legítima, consagrado no direito alemão, que impõe serem respeitadas as “esperanças fundadas”. O critério é mais amplo que o da proteção dos direitos adquiridos, pois protege expectativas legítimas e situações em vias de constituição sob o pálio de promessas firmes do Estado (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 246).²⁷

Impressiona constatar a similitude dos casos julgados no Pretório Excelso no ano de 1944 e a acima, de 2006. Ambas confrontam as mesmas teses de Direito Adquirido e expectativa de Direito, mas uma admite posições intermediárias tuteladas pelo ordenamento jurídico por meio de uma hermenêutica

²⁶ FIÚZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil* – Curso Completo. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 700-701.

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 2004.35.00.011.107-5/GO, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, j. 20/2/2006.

principiológica, enquanto que a outra recorre a hermenêutica dogmática, legalista.

Assim, não há como não reconhecer a necessidade de revisitar o tradicional conceito que nega o direito subjetivo do aprovado em concurso público à nomeação.

Conclusão

Diante de todo o exposto, é de se concluir que a Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal atendia a todo um contexto jurídico na época de sua aprovação, baseada em precedentes jurisprudenciais dotados de uma linha dogmático-legalista.

Com o advento da Constituição de 1988, bem como com a evolução do próprio Direito Privado a respeito da boa-fé objetiva nas relações particulares, atraindo uma readequação das relações com o Estado num ambiente Democrático de Direito, é de se concluir que tal entendimento, ainda que sumulado, deve ser revisitado, devendo-se respeitar, apenas, aquilo que a Carta Magna dispôs como verdadeiro óbice à nomeação de candidatos aprovados em concurso público: a responsabilidade fiscal, que deve preceder à elaboração do Edital de concursos públicos.

Referência bibliográfica

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ap. Civ. 7387, Embargos. Rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 09/08/1944.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

COMPANHOLE, Adriano. COMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil – Compilada e Atualizada*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Luciano de Araújo. MOTTA, Fabrício (coordenadores). *Direito Público Moderno – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 15. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral de Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc>. Acesso em 8/11/2007.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública – Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário*. In: Revista de Informação Legislativa n. 29, Brasília, jan-mar/1971, v. 8.